

Revista CESCO de Derecho de Consumo

Nº 5/2013

<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

I. Estudios y Consultas

LA STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013: DIFICULTADES DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES¹

Andrés Domínguez Luelmo

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Valladolid

Resumen: La STJUE de 14 de marzo de 2013 se ha pronunciado sobre el posible carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en contratos de hipoteca celebrados con consumidores, reconociendo que el juez de oficio puede apreciar la abusividad de tales cláusulas durante la ejecución hipotecaria. El encaje de esta nueva doctrina en nuestro sistema procesal genera numerosas dudas de interpretación en su aplicación por los tribunales, lo que reclama una urgente modificación legislativa.

Palabras claves: cláusulas abusivas, ejecución hipotecaria, contratos bancarios, hipoteca, entidades financieras

Title: Judgment of the European Court of Justice of 14th March 2013: troubles for the interpretation and application by the Courts.

Abstract: The Judgment of the European Court of Justice of 14th March 2013 ruled about unfair terms included in mortgage contracts celebrated with consumers. It recognizes that the Judge may decide about the unfairness of contract clauses during the mortgage enforcement. This new doctrine in our procedural system generates a lot of interpretational doubts about its application by the Court, and it requires an urgent legislative modification.

Keywords: unfair contractual clauses, mortgage enforcement, bank contracts, mortgage, financial entities

¹ Estudios realizado dentro Proyecto de Investigación «El nuevo Derecho Inmobiliario Registral: Hipoteca, Mercado Hipotecario y Derecho civil», financiado por el MICINN (DER2009-12093).

Sumario: 1. Introducción. 2. El supuesto de hecho. 3. La limitación de las causas de oposición y la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. 4. Pronunciamiento del TJUE sobre la limitación de las causas de oposición. 5. El posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado. 6. ¿Puede el juez paralizar de oficio la ejecución hipotecaria por considerar que alguna de las cláusulas de vencimiento anticipado es abusiva? 7. El carácter abusivo de la cláusula relativa a los intereses moratorios. 8. El carácter abusivo de la cláusula de liquidación unilateral del importe de la deuda impagada. 9. Reflexión final.

1. Introducción.

La STJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11) se ha pronunciado sobre el posible carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en contratos de hipoteca celebrados con consumidores, y sobre si este carácter abusivo puede ser utilizado, incluso de oficio por el juez, en el seno del procedimiento declarativo ordinario a que se refiere el artículo 698 LEC para paralizar la ejecución que se sigue ante otro tribunal (o incluso por el propio juez de la ejecución, o como causa de oposición en el seno de la propia ejecución hipotecaria, de manera que pudiera discutirse durante su tramitación).

Debe dejarse claro que éste es el planteamiento de la Sentencia, que nada tiene que ver con la paralización de los —impropiamente— denominados desahucios². Frente a las afirmaciones que se están realizando desde distintos sectores y medios de comunicación, esta sentencia no dice que los jueces puedan paralizar los desahucios, sino sólo que pueden actuar de oficio ante una ejecución hipotecaria iniciada con una escritura pública que contenga cláusulas abusivas. Tampoco declara la nulidad ninguna cláusula concreta, ni dice que la ejecución hipotecaria por impago de la deuda sea en sí misma abusiva. Se limita a manifestar que será el Juez quien determine, en cada caso concreto, el carácter o no abusivo de determinadas cláusulas de acuerdo con lo previsto en la legislación nacional, teniendo en cuenta unos criterios generales proporcionados por el propio TJUE.

2. El supuesto de hecho

El asunto arranca del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. Previamente, y ante el impago por el deudor de cinco cuotas mensuales de amortización de capital e intereses de un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda, se declaró el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, y el Banco promovió el procedimiento de ejecución hipotecaria. Estamos ante un supuesto de hipoteca muy similar a otras muchas: el período de amortización del préstamo se fijó en 33 anualidades, pagaderas mediante 396 cuotas mensuales, computadas a partir del 1 de agosto de 2007

² AGÜERO ORTIZ, A. «Sentencia europea sobre la ejecución hipotecaria española: mucho ruido y pocas nueces» (<http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/03/SENTENCIA-EUROPEA-SOBRE-LA-EJECUCIÓN-HIPOTECARIA-ESPAÑOLA.pdf>)

hasta el 31 de julio de 2040. El importe de las cuotas mensuales ascendía, mientras no varió el interés inicial, a 701,04 €. Los intereses remuneratorios u ordinarios se fijaron del siguiente modo: hasta el 30 de enero de 2008, un interés fijo del 4,87 % nominal anual. Desde el día siguiente hasta la amortización total del préstamo, el tipo de interés nominal pasó a ser variable (índice Euribor + 1,10 %). Como es habitual en todas las hipotecas, sobre la base de lo previsto en el artículo 693 LEC, se había estipulado, y dicha cláusula figuraba inscrita, que la Caja de Ahorros podía dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo, entre otros motivos cuando, vencido alguno de los plazos estipulado, el deudor no hubiera cumplido su obligación de pago de parte del capital o de los intereses del préstamo. Dicha cláusula conlleva la posibilidad de reclamar judicialmente la totalidad de la deuda (capital más intereses).

Del clausulado del contrato interesa destacar que en la cláusula sexta se prevé que el tomador del préstamo incurrirá en mora automáticamente, sin necesidad de intimación o reclamación alguna, si deja de pagar a su vencimiento, incluso por vencimiento anticipado, cualquier cantidad debida por intereses o amortización (los intereses de demora, liquidables día a día, se calculan al tipo del 18,75 %). Además, en la cláusula decimoquinta se pacta que la Caja de Ahorros podrá determinar la deuda exigible para el caso de ejecución judicial, presentando al efecto, junto con la escritura de constitución de la hipoteca, la liquidación de las cantidades pendientes de pago, practicada en la forma convenida en la escritura. Ello supone, como es práctica habitual que, a solicitud del apoderado del Banco o Caja, notarialmente se expida documento fehaciente de liquidación. Este documento debe acompañar a la demanda ejecutiva de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 218 del Reglamento Notarial, en relación con los artículos 572.2 y 573.1.2º LEC.

Son datos a tener en cuenta que el ejecutado ni compareció, ni atendió el requerimiento de pago, ni formuló oposición. Tras la celebración de la subasta sin ningún postor, el Banco ejecutante se adjudicó la vivienda por el 50 por 100 del valor de tasación. Posteriormente el ejecutado presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 698 LEC, solicitando que se anulara la cláusula decimoquinta del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución.

La cuestión prejudicial planteada ante el TJUE se centra en las limitaciones existentes en cuanto a los motivos de oposición previstos en los artículos 695 y ss. de la LEC. En concreto el Juzgado de lo Mercantil plantea al TJUE las siguientes cuestiones:

- 1) Por un lado, si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados establecido en los artículos 695 y siguientes de la LEC, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previstos en el ordenamiento procesal español, constituye o no una limitación de la tutela del consumidor, por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

- 2) Por otro lado, se requiere al TJUE para que se pronuncie sobre el posible carácter abusivo, en función de su desproporción, de las siguientes cláusulas:
- a) La de vencimiento anticipado en contratos proyectados durante un largo lapso de tiempo (en este caso eran 33 años) por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.
 - b) La fijación de unos intereses de demora (en este caso eran superiores al 18 %) que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo).
 - c) La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables (tanto ordinarios como moratorios) realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria, que no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía (cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble).

3. La limitación de las causas de oposición y la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria

La limitación de las causas de oposición en el seno de la ejecución hipotecaria tiene su origen en la protección que se ha querido otorgar a la hipoteca en cuanto garantía con el fin de favorecer el crédito territorial. Se dota así al título de una especial fuerza ejecutiva, disminuyendo la posibilidad de plantear excepciones para impedir una posible suspensión del procedimiento, salvo en los casos previstos en la ley. En este sentido la LEC consagra como regla general el principio de no suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria y distingue entre causas de *oposición* (las previstas en el art. 695.1) y causas de *suspensión*, contempladas en el artículo 696 (tercería de dominio) y en el artículo 697 (prejudicialidad penal). Tanto unas como otras suponen la paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria. No obstante, las causas de *oposición* provocan la apertura de un incidente contradictorio ante el Juez de la ejecución, mientras que las causas de *suspensión* suponen un procedimiento distinto.

Por lo que se refiere a las causas de oposición del artículo 695 LEC, al tratarse de motivos tasados, ya con anterioridad a la reforma operada por la LEC en el procedimiento de ejecución hipotecaria, el TC había tenido ocasión de pronunciarse, a través del recurso de amparo, sobre la adecuación de dicho procedimiento al derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE (SSTC 41/1981, 18 de diciembre; 64/1985, 17 de mayo; 41/1986, 2 de abril; 148/1988, 14 de julio; 8/1991, 17 de enero; 6/1992, 16 de enero; 217/1993, 30 de junio; 128/1994, 5 de mayo; 159/1997, 2 de octubre; 19/1998, 27 de enero; 184/1999, 11 de octubre; 222/1999, 29 de noviembre). Esta doctrina fue asumida, entre otras, por la STS 30 octubre 2002 (RJ

2002\9729), y ha sido de nuevo reiterada en el ATC 113/2011, de 19 de julio [RTC 2011\113 AUTO]. En este último caso, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea precisamente respecto de los artículos 695, 698 y 579 LEC, por posible vulneración de los artículos 9.3, 24 y 47 CE, en un supuesto de ejecución hipotecaria de vivienda habitual. El Juzgado es consciente de la imposibilidad de examinar en sede de oposición a la ejecución posibles nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió tanto la obligación garantizada como la garantía hipotecaria, o el contenido abusivo de las cláusulas contractuales, y su posible lesión al derecho de la parte ejecutada a una tutela judicial efectiva y, en el presente caso, el derecho constitucional a una vivienda digna. Pero considera, en cambio, que sí procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, y ello por varios motivos:

- a) Por entender que la STC 41/1981, de 18 de diciembre, se refería al anterior texto de la LEC.
- b) Porque no parece proporcionado, idóneo y adecuado en términos constitucionales negarle al ejecutado hipotecario cualquier posibilidad procesal de efectuar alegaciones sobre las circunstancias del impago frente a la demanda ejecutiva, así como en relación con los posibles vicios del consentimiento existentes al tiempo de la suscripción del título, o sobre la nulidad de algunas de sus cláusulas por su carácter abusivo o desequilibrado.
- c) Por entender, además, que carece de efectividad la garantía que ofrece la ley al ejecutado con su remisión al juicio declarativo que corresponda (artículo 698.1 LEC), dado que no paraliza la ejecución y, en su caso, el lanzamiento de la vivienda del ejecutado puede provocarle graves daños y perjuicios debido su débil situación económica. A los anteriores razonamientos se unen las dudas sobre la inconstitucionalidad de la previsión contenida en el artículo 579 LEC cuando dispone que si el producto de la subasta fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante puede pedir el embargo por la cantidad que falte, prosiguiendo la ejecución con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Según el Juzgado en este caso parece que se le niega al ejecutado un nuevo trámite de oposición e la ulterior fase de ejecución ordinaria, lo que produciría una nueva vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario.

Dentro de la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad, el Fiscal General del Estado advierte de lo incorrecto de su planteamiento, por cuanto pone en cuestión no una norma (en concreto el art. 695 LEC), sino todo el procedimiento de ejecución hipotecaria *en su conjunto* lo que se comprueba con la extensión de la inconstitucionalidad a dos preceptos más (arts. 698 y 579 LEC), que contienen previsiones procesales referidas a momentos posteriores del proceso que todavía no se alcanzaron cuando la cuestión de inconstitucionalidad se planteó y que, por tanto, carecen en absoluto de relevancia; sin perjuicio de observar que el Auto de planteamiento incumple la obligación de explicar el juicio de relevancia en relación con dichos preceptos. En opinión del Fiscal General no se postula la derogación de una norma por su inconstitucionalidad, sino que se solicita del Tribunal su parecer sobre un diseño procesal elaborado en el Auto, atribuyéndole funciones propias del legislador. Recuerda además que la controversia entre el procedimiento de ejecución hipotecaria y el art. 24.1 CE

ya se resolvió en su día por varias sentencias del TC (que acabo de citar anteriormente) sin que sea óbice para la extensión de la doctrina en ellas contenida el que operasen sobre la legislación ya derogada y sustituida por la vigente LEC, ya que en uno y otro caso se está discutiendo sobre la constitucionalidad de un juicio hipotecario sumario con cognición limitada y con medios de defensa también limitados. En cuanto a las referencias que se hacen en el planteamiento de la cuestión por el Juzgado al derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), considera el Fiscal General que este derecho no puede servir de apoyo a la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas por no ser efecto de la normativa legal la vulneración del derecho, sino únicamente el instrumento procesal para la activación de los derechos en controversia: el derecho al cobro y la oposición a su reclamación.

El asunto se resuelve por el antes citado ATC 113/2011, de 19 de julio, que finalmente inadmite la cuestión de inconstitucionalidad. Se considera en concreto que la cuestión suscitada en cuanto a los arts. 579 y 698 LEC no supera el necesario juicio de relevancia constitucional, porque ambos preceptos carecen de conexión directa y efectiva con la resolución o fallo pendiente, «ya que el primero de ellos se refiere a una fase ulterior del proceso de ejecución que no se corresponde con el momento actual del proceso a quo en el que se promueve la cuestión de inconstitucionalidad o se suscita la duda de inconstitucionalidad (oposición al despacho de ejecución), y el segundo versa sobre el régimen legal de un procedimiento que no es el sustanciado, sino aquel al que puede acudir el ejecutado hipotecario al margen del juicio sumario». A ello se añade, además que «la justificación que postula el cuestionamiento de la norma legal contenida en el art. 579 LEC por no prever un nuevo trámite de oposición no se sustenta en el propio tenor literal de la disposición legal cuestionada, que guarda silencio al respecto, sino que se infiere por el órgano proponente de lo que considera la práctica forense habitual».

La argumentación más extensa del TC se refiere a la conformidad del art. 695 LEC con el art. 24.1 CE. En este punto se reiteran literalmente gran parte de los fundamentos jurídicos de las SSTC 41/1981, de 18 de diciembre y 217/1993, 30 de junio. Y finalmente se concluye que de los postulados precedentes se desprende el carácter notoriamente infundado de la cuestión planteada respecto del sistema de limitación de los motivos de oposición al despacho de ejecución, contemplados en el art. 695 LEC, «habida cuenta de que este Tribunal ya ha despejado las dudas formuladas, declarando la conformidad del régimen procesal cuestionado con el referido derecho fundamental, de cuya hipotética vulneración el órgano proponente hace depender la lesión de otros derechos y principios constitucionales, como la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), que en consecuencia carece de justificación a la luz del examen realizado». Todas las razones expuestas conducen a la «la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, no sin antes reiterar, en el presente caso, que la cuestión de inconstitucionalidad no es cauce procesal idóneo para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la constitucionalidad de un régimen o esquema legal (por lo que aquí interesa el proceso de ejecución hipotecaria) por contraste con un hipotético modelo alternativo, que no le compete formular al órgano proponente ni corresponde valorar a este TC por ser materia de la exclusiva competencia del legislador,

dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal ni puede ni debe restringir».

Se incluye, además, el voto particular que formula el Magistrado D. Eugenio Gay Montalvo que, a mi entender, carece de justificación, por utilizar argumentos y expresiones políticamente correctos, pero que nada tienen que ver con la posible inconstitucionalidad de las normas procesales mencionadas. Se habla así de las «muy especiales circunstancias que atraviesa la situación económica y financiera, en España y en el resto del mundo», de que las normas «no pueden establecerse de espaldas a la realidad social en la que corresponde aplicarlas sino en íntima y directa conexión con ella», de la «ingeniería financiera del momento actual», o de la «situación económica y financiera actual». Tales argumentos son inconsistentes desde el punto de vista de la constitucionalidad de las normas. La constitucionalidad o no de una norma no puede hacerse depender de la situación económica. Ésta podrá provocar cambios cuya competencia corresponde al poder legislativo, pero en ningún caso al TC.

Finalmente, debe dejarse claro que la LEC ha eliminado la necesidad de remitir a un juicio declarativo posterior los casos de nulidad de las actuaciones. Carecía de sentido que no cupiera en el mismo proceso de ejecución decidir sobre su regularidad formal, debiendo estarse a un posterior proceso declarativo para plantear y resolver sobre la adecuación a las normas de la ley rituarial de la actividad procesal realizada en un anterior proceso, aunque éste fuera de ejecución. Así pues, es aplicable a la ejecución hipotecaria lo dispuesto en general para la ejecución, pues no debemos olvidar que la ejecución hipotecaria es, en realidad, una especialidad del proceso de ejecución dineraria. Desde esta perspectiva, deben admitirse como causas de oposición, tanto las atinentes a la relación jurídico material, es decir, por motivos de fondo (las previstas en el art. 695 LEC), como las que se refieren a la relación jurídico procesal, es decir, a motivos de forma. Respecto a esto último, como proceso de ejecución que es, deben considerarse admisibles dentro de la ejecución hipotecaria los motivos de oposición por defectos procesales (art. 559 LEC) así como la impugnación de las infracciones legales cometidas en el curso de la ejecución (art. 562 LEC)³.

4. Pronunciamiento del TJUE sobre la limitación de las causas de oposición

Respecto a la primera cuestión prejudicial, el TJUE tiene en cuenta que el sistema procesal español no permite al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final. Y ello, no sólo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino tampoco cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público. Además, el

³ Cfr. Autos de las AAPP de Valladolid, Secc.1ª, de 31 enero 2006 (*JUR* 2006\255578) [criterio que acogen los Autos de la misma Audiencia, Secc. 3ª, de 29 marzo 2011, y de 7 junio 2011 (*JUR* 2011\279803)]; y de Pontevedra, Secc. 6ª, de 28 octubre 2011. En contra, el Auto de la AP de Jaén, Secc. 2ª, de 27 septiembre 2011 (*JUR* 2011\66539).

Tribunal considera que en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado a la postre resulta siempre irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con *anterioridad* a la nota marginal de expedición de cargas a que se refieren los artículos 688.2 LEC y 131 LH.

Es decir, pese a las posibilidades que brinda el art. 698 LEC, el TJUE considera que esto no es suficiente para proteger los derechos de los consumidores y usuarios, fundamentalmente por un motivo: porque ello no permite suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria (así se especifica en el propio art. 698.1 LEC: «sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establezca en el presente Capítulo»). En este sentido, se considera que puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CEE que en la normativa nacional no se permita al juez que conozca del proceso declarativo adoptar las medidas cautelares oportunas «que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria». Esta afirmación debe ser interpretada conjuntamente y al mismo tiempo con la limitación de las causas de oposición dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 695 LEC. Por ello se afirma en el apartado 64 de la Sentencia: *«A la luz de estas consideraciones, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final»*.

De ello se deduce con claridad que el Juez del procedimiento declarativo (art. 698 LEC) puede adoptar, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución hipotecaria seguida ante otro tribunal, cuando así lo requiera la protección de los derechos de los consumidores. Pero sólo si aprecia el carácter abusivo de una cláusula, en el bien entendido sentido de que no se trata de discutir el carácter abusivo de cualquier cláusula incorporada a la hipoteca, sino exclusivamente el de aquéllas que hayan sido determinantes o desencadenantes de la ejecución, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Lo que sí parece claro es que el TJUE dispone que en este caso los jueces pueden apreciar de oficio este carácter abusivo, sin necesidad de que sea alegado por el demandado.

La novedad es importante. Hasta ahora el juicio declarativo del art. 698 LEC quedaba prácticamente reducido a la nulidad del procedimiento por razones materiales o de fondo, referidas a la relación jurídico material, su existencia y su contenido. Las únicas repercusiones sobre el procedimiento de ejecución que tienen estas otras reclamaciones radican en la posibilidad de solicitar del

Tribunal que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el juicio que corresponda, con retención del todo o de una parte de la cantidad que se obtenga en la ejecución y deba entregarse al acreedor. Se trata de una medida cautelar específica que se puede solicitar al tiempo de efectuar la reclamación o durante el curso del juicio a que diere lugar. En vista de los documentos que se presenten, el Tribunal mediante providencia podrá decretar esta retención si estima bastantes las razones que se aleguen. Cuando el que solicita la retención no tiene solvencia notoria y suficiente, el Tribunal debe exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor ejecutante. La garantía puede prestarse en dinero efectivo o en cualquiera de las formas recogidas en el art. 529.3 LEC. El ejecutante, según el art. 698.3 LEC, puede obtener el alzamiento de la retención afianzando a satisfacción del Tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio. Cabe aplicar aquí supletoriamente las reglas de la caución sustitutoria previstas en los arts. 746 y 747 LEC.

Algún autor⁴ ha apuntado la posibilidad de que el deudor, el tercer poseedor o el interesado de que se trate soliciten anotación preventiva de la demanda con el fin de advertir al posible adquirente del bien en la ejecución de la ilicitud de ésta. El art. 42.1.º LH permite registralmente esta posibilidad, pero el art. 131 LH es claro en el sentido de que estas anotaciones preventivas de demanda posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas van a quedar en todo caso canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el art. 133 LH. La única virtualidad que podría tener tal asiento registral sería destruir la presunción de buena fe del tercero adquirente, a que se refiere el art. 34 LH, evitando que el rematante o adjudicatario de los bienes los adquiriera de modo irreivindicable.

Hay que tener en cuenta que, cuando se acude a la vía del art. 698 LEC en el asunto que provoca la cuestión prejudicial ante el TJUE, la adjudicación tenía ya carácter irreversible. Por ello, se afirma en el apartado 58 de la Sentencia: *«habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos»*.

Creo que el pronunciamiento del TJUE sobre la limitación de las causas de oposición, y su interpretación del art. 698 LEC, sólo pueden tener alguna virtualidad práctica si la demanda se plantea al iniciarse la ejecución hipotecaria, pero no cuando ya se ha adjudicado el bien hipotecado. En este sentido, aunque la sentencia sólo se refiera a esta cuestión de manera indirecta,

⁴ CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 698 LEC», en CORDÓN MORENO, F. et al. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, 2ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 635.

me parece mucho más práctico admitir la posibilidad de que se pueda discutir el carácter abusivo de alguna de las cláusulas dentro del propio procedimiento de ejecución hipotecaria. Pero esta posibilidad, sin una modificación legislativa del art. 695 LEC, me parece difícil de aplicar. La práctica demuestra que unos jueces son proclives a admitir esta vía, y otros consideran que la STJUE sólo se refiere de manera directa a la suspensión de la ejecución por la vía del art. 698 LEC. Pero lo que carece de sentido es no admitir que pueda ventilarse dentro del procedimiento de ejecución, lo que puede obtenerse acudiendo a otro tribunal por la vía ordinaria. No tiene sentido que sea el juez de lo mercantil el que pueda paralizar la ejecución que se está llevando a cabo en otro juzgado, y que el juez de la ejecución no pueda entrar a valorar el posible carácter abusivo de algunas cláusulas: precisamente aquéllas sobre la base de las cuales se está ejecutando la hipoteca.

La STJUE parece dar pie para considerar que el juez de la ejecución puede igualmente, de oficio, entrar a valorar el carácter abusivo de aquellas cláusulas en que se funde el título ejecutivo, sin necesidad de que lo solicite el consumidor⁵. No obstante, si el juez no toma la iniciativa, y se admite la posibilidad de discutir en el procedimiento de ejecución hipotecaria el carácter abusivo de alguna cláusula, como una causa de oposición más junto con las contempladas en el art. 695 LEC, habría que determinar hasta qué momento se puede plantear dentro de la ejecución. Para el futuro, habrá que entender que sólo puede plantearse dentro de los plazos preclusivos previstos en la ley para formular oposición. Para los procedimientos actualmente en curso, me parece claro que será imposible su discusión una vez efectuada la subasta, cuando los bienes ya han pasado a ser propiedad de un tercero de manera irreivindicable (art. 594.1 LEC). Si todavía no ha tenido lugar la subasta, cabría plantear la posibilidad de abrir un nuevo plazo para formular oposición. Pero no para discutir el carácter abusivo de cualquier cláusula incorporada a la hipoteca, sino exclusivamente el de aquéllas que hayan sido determinantes o desencadenantes de la ejecución.

Esta solución está siendo adoptada por algunos jueces que, mediante providencia, y con fundamento en la citada STJUE, acuerdan la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, dando audiencia al ejecutado por el plazo de diez días para que éste pueda formular, mediante Abogado y Procurador, motivos de oposición basados en el carácter abusivo de cláusulas contractuales, que constituyan el fundamento del título ejecutivo. Pero, de hacerse así, entiendo que el ejecutante podría formular recurso de reposición (arts. 451 y ss. LEC), basado en alguno de los siguientes argumentos:

- a) Se estaría ejerciendo la función jurisdiccional sin fundamento en el ordenamiento jurídico vigente, recurriendo a valoraciones sobre posibles cambios normativos futuros. Por ello, si no existe ninguna norma legal que disponga la suspensión del proceso, se debe dar *de oficio* «el curso que

⁵ CORDERO LOBATO, E., «Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?» (<http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/03/Nota-STJUE-ejecución-hipotecaria-y-cláusulas-abusivas.pdf>).

corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias» (art. 237 LOPJ).

- b) La STJUE no declara la nulidad de ninguna cláusula, sino que se limita a dar varias recomendaciones al juez para valorar si una cláusula tiene o no el carácter de abusiva. Además, en dicha sentencia se reconoce que la legislación española *«no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo»*. La STJUE se refiere de manera directa a un procedimiento tramitado ante un Juzgado Mercantil, en función de una demanda interpuesta por el ejecutado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, que es quien solicita que se declare la nulidad de alguna de las cláusulas de la escritura. Pero de esta sentencia, no cabe extraer la posibilidad de que el juez de la ejecución tenga la facultad de suspender el procedimiento de ejecución en función de una eventual modificación legislativa futura.
- c) Debe tenerse en cuenta la aplicación supletoria en este punto de los arts. 556, 557 y 560 LEC, por lo que la oposición debe formularse dentro de los diez días siguientes del auto por el que se despache ejecución (art. 557.1, en relación con el art. 556.1 LEC). Según el art. 695.2 LEC, formulada la oposición, el Secretario judicial suspenderá la ejecución (mediante diligencia de ordenación, como se prevé en el art. 557.2 LEC) y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que haya dictado la orden general de ejecución. No cabe, por tanto, abrir un nuevo plazo para formular oposición al margen de la vigente legislación.

Destacado lo anterior, lo que sí parece defendible es que el juez de la ejecución examine de oficio el carácter abusivo de la cláusula o cláusulas que constituyan el fundamento de la ejecución. Esta posibilidad se deriva de manera indirecta de la STJUE de 14 de marzo de 2013, pero se admite directamente en la STJUE de 14 de junio de 2012, conforme a la cual: *«la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio --in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento-- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición»*.

Pero en estos casos lo propio sería que el juez realizara un control previo sobre el carácter abusivo de esas cláusulas antes del despacho de ejecución, ofreciendo a las partes la posibilidad de oponerse y debatir en forma contradictoria esta decisión. En este sentido se pronuncia la STJUE de 21 de febrero de 2013 (Asunto C472/11): *«Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que*

solicite que se anule dicha cláusula. Sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales».

5. El posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado

Como segunda cuestión prejudicial, se requiere al TJUE para que se pronuncie sobre el posible carácter abusivo, en función de su desproporción, entre otras, de las cláusulas de vencimiento anticipado. Según la RDGRN 2 octubre 2006 (RJ 2006\8196): «Con carácter general, se entiende que los pactos de vencimiento anticipado son aquellos por los que, mediando determinada conducta del deudor o concretas circunstancias especificadas en el contrato, el crédito podría darse por vencido anticipadamente y la hipoteca que lo garantiza ejecutarse». El estudio de este tipo de cláusulas se pueden afrontar desde la perspectiva de su validez, y desde la de su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad.

La validez de una cláusula de vencimiento anticipado queda supeditada a su ajuste con otras normas del ordenamiento jurídico, como los límites generales que establece el art. 1255 CC para la autonomía de la voluntad (no ser contrarias a la ley, la moral y el orden público), el principio de la buena fe que impone en el cumplimiento de los contratos el art. 1258 CC, o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7 CC). Pero en particular, se deben tener en cuenta la Ley 7/1998, de 7 de abril, de condiciones generales de la contratación, y la normativa contenida en los artículos 80 y ss. del TRLGDCU. La doctrina de la DGRN ha sido muy restrictiva con los derechos de los consumidores a partir de la reforma operada en el artículo 12 LH por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Con arreglo al sistema anterior a esta Ley, los Registradores debían determinar, en primer lugar, qué cláusulas tenían trascendencia real --las cuales debían ser calificadas con arreglo al art. 18 LH-- y cuáles no tenían dicha trascendencia, que no se calificaban y tampoco se inscribían en el Registro de la Propiedad.

Durante años la DGRN ha sido prolija en Resoluciones diferenciando las cláusulas que tenían carácter real y las que no, y dentro de aquéllas, las que eran o no inscribibles, elaborando un cuerpo doctrinal consolidado⁶. Toda esta situación cambia en profundidad con la citada Ley 41/2007. Su Exposición de Motivos es elocuente cuando destaca que lo que se quiere evitar son las *calificaciones registrales discordantes* que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. Los problemas aparecen en el ap. 2º del artículo 12 LH, que plantea bastantes dudas de interpretación cuando señala que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca «se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la

⁶ Puede verse el estado de la cuestión en CORDERO LOBATO, E., «La Hipoteca» Capítulos 14 a 25, en CARRASCO PERERA, A. – CORDERO LOBATO, E. – MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, pág. 1068 y ss.

escritura de formalización». Estas cláusulas sólo *se hacen constar*, con lo que parece que no se les reconoce trascendencia real a efectos de la calificación, aunque lo cierto es que, si acceden al Registro de la Propiedad, van a permitir la ejecución hipotecaria anticipada, que afecta sin duda a terceros sobre la base de lo establecido en el art. 130 LH.

El problema se plantea en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras (por cláusulas financieras hay que entender las incluidas en el Anexo II de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios). El artículo 12 LH establece aquí un régimen diferente dependiendo de que se trate o no de hipotecas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981. Desde luego las constituidas a favor de este tipo de entidades constituyen la mayoría de las hipotecas que aparecen en la práctica. Si este es el caso, el ap. 2º del artículo 12 LH establece que *se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización*, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real. Según la RDGRN 21-12-2007 (RJ 2008\2086): «respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria --las enumeradas en el párrafo 1º del art. 12 LH-- hubieran sido calificadas favorablemente. De este modo, la reforma de la LH acoge la tesis expuesta por este Centro Directivo (...) armonizando la importante función calificadora con el verdadero sentido y contenido de la misma, mas permitiendo que para determinadas hipotecas --las constituidas a favor de determinadas entidades financieras--, por razón de su especialidad y generalidad, además se transcriban en el asiento registral las cláusulas financieras». Estas mismas afirmaciones se reiteran en otras muchas Resoluciones posteriores.

Ello supone que para la DGRN estas cláusulas están excluidas de la calificación, de manera que no son objeto de inscripción sino de simple *transcripción* de lo que consta en la escritura de constitución de la hipoteca, es decir, sólo requieren una copia literal de las mismas en el asiento registral correspondiente. Esta interpretación choca con nuestro sistema hipotecario que es precisamente de inscripción; pero sobre todo sorprende que durante la etapa del gobierno socialista se favoreciera la inclusión de todo tipo cláusulas por parte de las entidades financieras, mermando e ignorando de manera palpable los derechos de los consumidores y usuarios.

Esta manera de enfocar las cosas por la DGRN cambia a raíz de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; de la STJUE 4 junio 2009 (Asunto C-243/08); y de la STS 16 diciembre 2009 (RJ 2010\702). La Ley 2/2009, de 31 de marzo, dentro de los deberes que corresponden a Notarios y Registradores, admite en su art. 18.1 el control de legalidad por parte de éstos, señalando: «En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las

escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley». La STJUE 4 junio 2009 contiene, entre otros, el siguiente pronunciamiento: «El art. 6, ap. 1, de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula». En la STS 16 diciembre 2009 (*RJ* 2010\702) se reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, destacando el papel propio de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciando entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula. Por ello, a título de ejemplo, en el Fundamento de Derecho Duodécimo se afirma: «la cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida».

Con tales antecedentes, la DGRN se ve obligada a rectificar su enfoque erróneo anterior, de manera especial a partir de la RDGRN 1-10-2010 (*RJ* 2010\4273), en la que se reconoce que tal interpretación vulneraba los principios rectores del sistema registral español, al permitirse el acceso al registro de un tipo de cláusulas carentes de eficacia alguna frente a terceros. Y además, se afirma: «dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto» [en el mismo sentido, las RRDGRN4-11-2010 (*JUR* 2010\416458), 21-12-2010 (*RJ* 2011\263), 11-1-2011 (*RJ* 2011\269), 8-6-2011 (*RJ* 2012\3168); y la SAP Tarragona 1-4-2011 (*AC* 2011\1178), que anula la RDGRN 24-7-2008 (*RJ* 2008\7718)].

Este es el estado de la cuestión en el momento en que se publica la STJUE 12-3-2013. Aunque se le requiere para que se pronuncie sobre posible el carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado, el Tribunal recuerda que su competencia en la materia sólo comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en la Directiva, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. En este sentido, el Tribunal se limita a dar al órgano jurisdiccional indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas de que se trate; pero destacando que dicho carácter se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dichas cláusulas puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional.

Desde esta perspectiva en la STJUE se declara lo siguiente: «El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que: a) el concepto de “desequilibrio importante” en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si --y en su caso, en qué medida-- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. b) Para determinar si se causa el desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual» A ello se añade que «El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas».

Como se puede ver, no hay un pronunciamiento expreso sobre el carácter abusivo o no de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, ni tampoco de las de fijación de los intereses de demora, ni de las relativas al pacto de liquidez. El TJUE no se pronuncia —forzoso es insistir en ello— sobre si estas cláusulas son abusivas: se limita a manifestar que será el Juez en cada caso, quien lo determine de acuerdo con lo previsto en la legislación nacional, proporcionando para ello una serie de criterios generales, en función del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, con arreglo al parámetro de la buena fe⁷.

6. ¿Puede el juez paralizar de oficio la ejecución hipotecaria por considerar que alguna de las cláusulas de vencimiento anticipado es abusiva?

Según la STJUE 3 junio 2010 (Asunto C-484/08) el control de las cláusulas abusivas alcanza tanto a las que se consideren esenciales, como a las accesorias, es decir, tanto a las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato, como a las que se refieren a la adecuación entre, por una parte, el precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible. En este mismo sentido, la STS 1 julio 2010 (RJ 2010\6554) considera que el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas se aplica igualmente a las cláusulas no esenciales cuando la insuficiencia de información y la falta de transparencia es determinante de un desequilibrio perjudicial para el consumidor.

⁷ Vid. ampliamente MARÍN LÓPEZ, M.J., «La “voluntad virtual del consumidor”, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11)» (<http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/03/La-voluntad-virtual-del-C-como-nuevo-test-de-abusividad-2.pdf>).

A mi juicio, una cosa es que durante la fase de seguridad de la hipoteca se pueda impugnar por el deudor el carácter abusivo de cualquiera de las cláusulas de vencimiento anticipado, y otra distinta es que se pueda paralizar la ejecución de la hipoteca por esos mismos motivos. En mi opinión la STJUE 14-3-2013 no permite discutir en el procedimiento de ejecución hipotecaria el carácter abusivo de cualquier cláusula de vencimiento anticipado incorporada a la hipoteca, sino exclusivamente el de aquéllas que hayan sido determinantes o desencadenantes de la ejecución. Los Bancos han incorporado en las escrituras un sinnúmero de cláusulas de este tipo, pero solo acuden a la ejecución tras decretar el vencimiento anticipado por *falta de pago*. Es decir, la práctica demuestra que los Bancos únicamente declaran el vencimiento anticipado, y proceden a ejecutar, en caso de *impago de cuotas*. Por ello, esta parte del pronunciamiento del TJUE es especialmente problemática. En sí misma la cláusula de vencimiento anticipado no puede ser considerada como abusiva, pues dicha posibilidad viene reconocida legalmente en el art. 693.2 LEC: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro».

La pregunta es entonces la siguiente: si es suficiente cualquier impago o hace falta desatender un mínimo de mensualidades para que se pueda considerar abusivo el vencimiento anticipado. La cuestión merece un expreso pronunciamiento legislativo, para establecer cuántas mensualidades impagadas pueden justificar un vencimiento anticipado o, al menos, determinar unos criterios objetivos y claros en relación con la duración del préstamo hipotecario. Es práctica bancaria común considerar como *moroso* un crédito cuando ha transcurrido un plazo de noventa días desde el primer impago. Y dado que los préstamos hipotecarios se conciertan, por lo general, con una cadencia mensual de pagos, podemos hablar de *activo moroso* cuando el cliente ha desatendido, al menos, tres cuotas⁸. Es precisamente a partir de ese momento cuando se deben efectuar las correspondientes provisiones específicas al Banco de España por razón de morosidad. Este número de mensualidades coincide con el anunciado por el Gobierno para una futura reforma (que entiendo debería producirse en la LEC): el número de vencimientos impagados para promover la ejecución hipotecaria no podrá ser inferior a *tres mensualidades*. Una reforma en este sentido no va a añadir nada a lo que es práctica habitual, aunque sí evitará que se pueda declarar el vencimiento anticipado e iniciar la ejecución por impago de una sola cuota, o incluso por una porción de la misma. En todo caso creo que la STJUE en este punto va más allá de lo que pretende el legislador. No se trata de establecer con carácter absoluto un número mínimo de cuotas impagadas aplicable a todos los casos, sino de considerar, en atención a la mayor o menor extensión en el tiempo de los plazos de amortización de principal e intereses, si la posibilidad de decretar el vencimiento anticipado se puede considerar abusiva. En definitiva, la cláusula de vencimiento anticipado por impago en sí misma no es abusiva (está reconocida expresamente en el artículo 693 LEC),

⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. – TORIBIOS FUENTES, F., *Ejecución hipotecaria de vivienda (rehabilitación del préstamo y enervación de la acción)*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 103 y ss,

pero sí puede serlo su aplicación en cada caso: porque el número de cuotas impagadas que puede desencadenar el vencimiento anticipado se considere muy reducido con relación a la duración del préstamo.

Para evitar que una cláusula de este tipo pueda considerarse abusiva, creo que las entidades financieras deberían comenzar a incluir otra cláusula en la que se permita al deudor, en todo caso, y cuantas veces fuere necesario, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida a la fecha de la presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. Se trata en definitiva de universalizar, haciendo extensiva a todo tipo de deudor y de bien hipotecado, la previsión contenida en el artículo 693.3 LEC, pero incorporada el propio clausulado de la escritura de hipoteca para equilibrar los derechos y obligaciones de las partes. Paralelamente, deberían barrer de las escrituras de hipoteca todo ese cúmulo de cláusulas de vencimiento anticipado, diferentes del impago, que nunca utilizan en la práctica para iniciar una ejecución hipotecaria.

7. El carácter abusivo de la cláusula relativa a los intereses moratorios

Por lo que se refiere a la cuantía de los intereses moratorios (y a los gastos, como los relativos a la certificación registral o al documento notarial de fehaciencia de la liquidación) tradicionalmente se ha discutido si las previsiones de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, sólo son aplicables a los intereses remuneratorios o también a los moratorios. En el caso de estos últimos, no se trata de la remuneración de un capital por la privación del mismo, sino que su función es conminatoria al cumplimiento y, a la vez, liquidatoria de los daños y perjuicios causados al ejecutante, que no necesita probar dichos daños. La jurisprudencia del TS se inclina por considerar no aplicable la Ley de 1908 a los intereses moratorios. Como se destaca en las SSTs 2-10-2001 (*RJ* 2001\7141) y 26-10-2011 (*RJ* 2011\1126): «Los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se consideren si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908». Por el contrario, la STS 7-5-2002 (*RJ* 2002\4045), considera que «por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el art. 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza»⁹.

⁹ Vid. ampliamente el estado de la cuestión en VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, EUB, Barcelona, 2002, pág. 128-140. El autor se muestra claramente partidario de aplicar la Ley de 1908 a toda deuda de intereses, tanto para el caso de intereses compensatorios, como para el caso de los intereses moratorios convenidos por las partes (pág. 136).

Aunque esta última manera de enfocar las cosas puede considerarse minoritaria en la jurisprudencia del TS, ha encontrado bastante predicamento en la de las Audiencias Provinciales, que considera abusiva una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces al interés legal de dinero correspondiente a cada periodo temporal liquidado [AAP Santa Cruz de Tenerife 24-5-2010 (*JUR* 2011\9645), SAP Tarragona 7-6-2010 (AC 2012\1654), AJPI núm. 7 de Valladolid 10-2-2011 (AC 2011\44), SAP Álava 13-4-2011 (AC 2011\519), AAP Tarragona 17-5-2011 (*JUR* 2011\293876), AAP Girona 1-11-2011 (AC 2012\1757), AAP Tarragona, 10-1-2012 (*JUR* 2012\128501), SAP Murcia 28-6-2012 (*JUR* 2012\275214), AAP Cádiz 25-5-2012 (AC 2012\1698); y en el mismo sentido, la STS 23-9-2010 (*RJ* 2010\7296)]. En otras ocasiones se considera abusiva una tasa anual 2,5 veces superior al interés remunerativo pactado en fecha de suscripción del préstamo [AAP Barcelona 14-4-2010 (*JUR* 2010\292111), AAP Barcelona 8-11-2010 (*JUR* 2011\81249), SAP Barcelona 15-4-2011 (*JUR* 2011\260439)]. Con la primera línea jurisprudencial se asume el criterio previsto en el artículo 19.4 de la derogada Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, y actualmente en el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo: «En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero».

En todos estos pronunciamientos lo que hace el Juez es moderar o reducir el porcentaje aplicable a los intereses moratorios. Lo paradójico del caso es que la STJUE 14 junio 2012 (Asunto 608/2010) considera que, una vez declarada abusiva una cláusula de fijación de intereses moratorios, el Juez sólo puede dejarla sin efecto, pero no está facultado para modificar su contenido ni integrarla. Es decir, el Juez no puede bajar la cifra: Si la elimina, se tiene por no puesta, aplicándose entonces el art. 1108 CC que, para el deudor moroso, contempla una indemnización equivalente al interés legal del dinero¹⁰. La aplicación del art. 1108 CC, como regla supletoria, elimina el problema de considerar excluidos los préstamos hipotecarios del ámbito de aplicación de la legislación sobre crédito al consumo [artículo 3.a) de la Ley 16/2011], que se planteaba por muchas Audiencias Provinciales.

En la tramitación del Proyecto de ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios el Gobierno ha anunciado que se establecerá como tope máximo de los intereses moratorios tres veces el interés legal del dinero. Esta referencia plantea sus dudas: el interés legal del dinero está fijado para 2013 en el 4%, lo que supone un tipo del 12% para los intereses moratorios en caso de ejecución hipotecaria. Pero no hay que olvidar que en 1993 el interés legal del dinero era del 10%, lo que supone un tipo máximo del 30% para los intereses moratorios que se convertiría en excesivo si tenemos en cuenta la larga vida de los préstamos hipotecarios. En cualquier caso este planteamiento del Gobierno choca con sus propias previsiones contenidas en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes

¹⁰ MARÍN LÓPEZ, M.J., «Los intereses moratorios abusivos deben reducirse al interés legal del dinero» (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contratacion/inter-eses_moratorios.pdf).

de protección de deudores hipotecarios sin recursos. En su Anexo, dentro del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, en el apartado 3 relativo a las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria (en concreto, la dación en pago de la vivienda habitual), prevé que el deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Pero durante dicho plazo, el impago de la renta devengará un *interés de demora del 20%*.

8. El carácter abusivo de la cláusula de liquidación unilateral del importe de la deuda impagada

Esta cuestión creo que no está debidamente enfocada en la STJUE. La cláusula de fijación de mecanismos de liquidación y de fijación de los intereses variables (tanto ordinarios como moratorios) realizados unilateralmente por el prestamista no es en sí misma abusiva. Dentro de los documentos que han de acompañar a la demanda ejecutiva, el artículo 573.1.2º LEC se refiere al «documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo» (vid. art. 218 del Reglamento Notarial). Y precisamente en el artículo 572.2 LEC se contempla la posibilidad de incorporar la citada cláusula: «podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, *siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo*».

El problema no es la cláusula en sí misma sino que, en caso de error en el cálculo, el ejecutado no puede oponerse dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria. El art. 695.1.2ª se refiere como causa de oposición al «error en la determinación de la cantidad exigible», pero dicha posibilidad sólo va referida a los casos en que «la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado». De *lege ferenda* parece aconsejable ampliar la causa de oposición al error en la determinación de la cantidad exigible en todo caso, y no sólo en los supuestos regulados en el art. 153 LH de hipoteca en garantía de cuanta corriente de crédito. De todas formas, la STJUE no se plantea este posible error, sino el carácter abusivo de la determinación de unilateral de la cantidad, no en el sentido de que no se pueda pactar la liquidación unilateral por parte del ejecutante (posibilidad que además está reconocida legalmente), sino porque a través de la misma se puedan reclamar cantidades excesivas que no pueden ser discutidas por el consumidor. El posible carácter abusivo deriva de que los mecanismos de liquidación y fijación de la cantidad exigible, realizados unilateralmente por el prestamista, pueden impedir al ejecutado discutir el carácter excesivo de las cantidades reclamadas: de los intereses remuneratorios en los casos de las cláusulas «suelo y techo», de los intereses moratorios, en el sentido anteriormente reflejado, y de los gastos vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria.

9. Reflexión final

Como reflexión final, cabe destacar lo siguiente. La STJUE reconoce claramente que, por la vía del procedimiento ordinario del artículo 698 LEC, el Juez Mercantil puede para paralizar la ejecución que se sigue ante otro tribunal si considera que la alguna de las cláusula que han provocado la ejecución es abusiva. Ello tiene poca virtualidad práctica cuando el bien hipotecado ha sido ya adjudicado. Por ello parece más efectivo que se pueda permitir discutir ese carácter abusivo dentro del propio procedimiento de ejecución hipotecaria. Pero no se trata de aprovechar la tramitación de la ejecución para discutir cualquier cláusula incluida en la escritura de hipoteca, sino sólo aquellas que afecten a la ejecución o que la hayan desencadenado (*v. gr.*, vencimiento anticipado, tipo de interés, etc.), siempre y cuando puedan suponer un desequilibrio para el consumidor.

Si se admite la posibilidad de discutir en el procedimiento de ejecución hipotecaria el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por impago, como una causa de oposición más junto con las contempladas en el art. 695 LEC, habría que determinar hasta qué momento se puede plantear dentro de la ejecución. En el futuro, parece que habrá que entender que sólo puede plantearse dentro de los plazos preclusivos previstos para formular oposición. Para los procedimientos actualmente en curso, me parece claro que será imposible su discusión una vez efectuada la subasta, cuando los bienes ya han pasado a ser propiedad de un tercero de manera irreivindicable (art. 594.1 LEC). Si todavía no ha tenido lugar la subasta, se puede plantear la posibilidad abrir un nuevo plazo para formular oposición. Pero no para discutir el carácter abusivo de cualquier cláusula incorporada a la hipoteca, insisto, sino exclusivamente el de aquellas que hayan sido determinantes o desencadenantes de la ejecución, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Esta posibilidad me parece procesalmente de difícil encaje con el texto vigente de la LEC. Pero lo que sí es posible es que actúe de oficio el juez de la ejecución. Ello no supone que arbitrariamente se puedan paralizar todas las ejecuciones hipotecarias en curso, sino que su decisión en cada caso concreto tendrá fundarse en la situación de desequilibrio que esas cláusulas provocan en los derechos y obligaciones de las partes.

De todas formas hay que ser claro frente a las opiniones que se vienen vertiendo en los medios de comunicación sobre el alcance de esta sentencia. Indirectamente puede permitir dilatar la ejecución, pero en la mayoría de los casos no evitará que antes o después los deudores pierdan su vivienda. Todo se reduce a tener o no dinero para devolver el préstamo solicitado en su día. Si el ejecutado o el juez de oficio consideran que alguna de las cláusulas referidas es abusiva, se podrá paralizar el procedimiento. Si se aprecia el carácter abusivo, se podrá ordenar una nueva liquidación de las cantidades reclamadas, o un nuevo cálculo de los intereses moratorios, e incluso se podrá sobreseer la ejecución. Pero el Banco o Caja podrá realizar una nueva liquidación de las cantidades e iniciar un nuevo procedimiento de ejecución, no aplicando las cláusulas que se consideraron abusivas. La clave está en si se tiene o no dinero para devolver el préstamo. Si no se tiene, la ejecución es inevitable, como por otro lado es normal, porque constituye la propia esencia del derecho real de hipoteca.

Finalmente debe destacarse que el contenido de esta sentencia se refiere únicamente a los contratos de hipoteca pactados con consumidores. Ello deja sin resolver el problema que se puede suscitar cuando quien solicita el préstamo hipotecario es, por ejemplo, un promotor (que no tiene la consideración de consumidor), y posteriormente enajena cada uno de los pisos a consumidores que se subrogan en la hipoteca. Ciertamente, por aplicación del artículo 89.3.b) del TRLGDCU, es abusiva la cláusula en la que se estipule la obligación del consumidor de subrogarse en la hipoteca del empresario o que imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación; pero nada impide que el consumidor voluntariamente se subroge en la hipoteca del empresario. En tal caso, una cláusula podría no tener la consideración de abusiva respecto del promotor, pero sí tomando como referencia al consumidor.

Desde luego, si hay algo claro en cuanto a los efectos colaterales de esta Sentencia es que en el futuro se va a producir un considerable un encarecimiento del crédito. En este sentido urge un pronunciamiento legislativo que aporte seguridad jurídica al sistema, evitando que jueces y tribunales apliquen esta nueva doctrina de manera dispar.